

¿Uniformidad o armonización del derecho del comercio internacional?

Eduardo Calderón Marengo¹
eduardo.calderon.marengo@gmail.com
Universidad Centroamericana

Déborah Castro Marcenaro²
debbiecastro19@gmail.com
Universidad Centroamericana

DOI: 10.5377/derecho.v0i25.7420

Fecha de recibido: noviembre 2018 / Fecha de aprobación: diciembre 2018

Resumen

El fenómeno de la Globalización trajo consigo diversos cambios en el orden mundial, teniendo una especial repercusión en las formas de hacer derecho; mediante este fenómeno se pasó de un derecho comercial nacional a un derecho comercial de corte internacional, en este fueron buscadas soluciones para brindar una efectiva resolución a los conflictos que fuesen derivados de las nuevas formas de hacer comercio. En virtud de esto el presente artículo de investigación aborda los dos principales mecanismos, unificación y armonización, que han sido desarrollados para dar respuesta a estas problemáticas y en las cuales se observa de manera tangible el progreso que estos han brindado en el orden internacional, por tanto serán presentadas diversas posturas doctrinarias y marcos jurídicos, a fin de entender la funcionalidad, amplitud y desarrollo que estos esquemas han ofrecido a un nuevo orden jurídico denominado como Derecho Mercantil Internacional, en el cual se persigue como finalidad que los Estados puedan coincidir y colaborar para garantizar la seguridad jurídica necesaria a las partes contractuales de los nuevos esquemas de negocios comerciales a fin de lograr una expansión de los mismos.

Palabras Clave

Globalización / Comercio Internacional/ Armonización del Derecho/ Derecho Uniforme/ Derecho Internacional.

Abstract

The phenomenon of globalization brought with it various changes in the world order, having a special impact on the ways of making commercial law, through this phenomenon was passed from a national commercial right to a commercial right of international Court, In this they were sought solutions to provide an effective resolution to the conflicts that were derived from the new ways of doing trade.

¹ Maestro en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de México. Candidato a Doctor en el marco del Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho” 2da edición de la Universidad Centroamericana, Nicaragua.

² Licenciada en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua.

Abstract

By virtue of this the present research article deals with the two main mechanisms, unification and harmonization, which have been developed to respond to these problems and in which the progress that they have provided is tangibility observed. In the international order, therefore, various doctrinal positions and legal frameworks will be presented, in order to understand the functionality, breadth and development that these schemes have provided to a new legal order known as International Trade Law. In which pursues as purpose states can match and collaborate to ensure the necessary legal certainty to the contractual parties of the new schemes of commercial businesses in order to achieve an expansion of the same.

Key words

Globalization / International Trade / Harmonization of Law/ Uniform Law/ International Law

Tabla de contenido

Introducción. I. La influencia de la globalización en el Derecho y el comercio internacional. I.1- Un acercamiento conceptual de la Globalización I. 2. Efectos de la Globalización en el marco jurídico internacional I.3. La Globalización en el Comercio Internacional I.4. Impacto de la Globalización en la creación de nuevos procesos normativos internacionales. **II. Derecho uniforme versus armonización del Derecho.** II.1. Derecho Uniforme. II.2. Armonización del Derecho. II.3. Diferencias entre ambos métodos. II.4. Expresiones de los métodos de armonización y unificación. **Resultados y aportes. Lista de Referencias Bibliográficas.**

Introducción

Hacer referencia al término “Globalización hoy en día resulta un tanto común debido a que de manera reiterada y bajos diversos contextos se hace mención del mismo sin tener una visión clara de su alcance e impacto en los diversos factores sociales en los que se desarrolla la cotidianidad de los seres humanos. Este fenómeno tuvo un efecto inicialmente económico que luego se desarrolló en la cultura y el ámbito jurídico, afectando de manera indiscutible la vida de todos los seres humanos en una mayor o menor medida. Como un inicio de la Globalización del derecho, podríamos tomar la corriente protectora de los derechos del Hombre iniciada con la Revolución Francesa en 1789. La lucha contra la monarquía absoluta y contra el despotismo de los gobernantes, que fue encaminada hacia el respeto de los derechos inherentes al ser humanos, los cuales no debían ser violados bajo ninguna circunstancia. Esta corriente trascendió las incipientes fronteras del viejo continente y llegó a Hispanoamérica a través de los líderes de la gesta emancipadora López Daza (2003).

Las tendencias del liberalismo clásico y el del estado de bienestar pueden ser tomados como formas incipientes de Globalización económica, teniendo una directa repercusión en Europa y parte del continente americano. Estas corrientes influyeron de manera decisiva en la vida y desarrollo de los siglos XIX y XX. Posteriormente la terminación de la guerra fría y la caída del muro de Berlín en el año 1989 colaboraron con la aceleración de un proceso globalizador que había sido gestado año atrás, el avance de la ciencia y la tecnología en conjunto con el acelerado progreso de las comunicaciones han repercutido directamente en el fenómeno de la Globalización.

Por tanto, ante el crecimiento del fenómeno globalizador la actividad mercantil internacional adquiere valor jurídico a través de diferentes medios como la codificación del Derecho Mercantil, el surgimiento de la legislación supranacional, las leyes modelos, los usos y costumbres, los códigos de conducta y los mismos contratos. Como se observa el vigor jurídico de la contratación mercantil, surge a raíz del incremento en las últimas décadas, de reglas propias de la actividad mercantil. En esta la labor de unificación y armonización del Derecho Mercantil internacional, ha contribuido de manera constante en la búsqueda de unidad en las naciones y por consecuencia en sus estructuras normativas, buscando eliminar los obstáculos jurídicos que se presentan en el comercio internacional, para lograr la seguridad jurídica necesaria que permita un pleno desarrollo del mismo (Peña Nossa, 2010).

En virtud de lo antes expuesto y con la finalidad de entender el funcionamiento, dimensión y alcance de los dos modelos normativos mayormente relevantes en el proceso de internacionalización como lo son la unificación y la armonización, en las siguientes líneas serán expuestas diversas posturas doctrinales a fin de obtener conceptos claros y un conocimiento pleno de ambos, logrando pues una visión clara del alcance y los modelos utilizados para llevar a cabo de manera eficiente estos procesos jurídicos. Se busca pues, que al final de esta investigación el lector tenga las herramientas necesarias para entender la dimensión, el alcance y uso de los modelos internacionales de los que se ha valido el Comercio, de manera que se logre destacar las virtudes y defectos de cada sistema a fin de determinar cuál de ellos es mayormente factible a efectos de lograr una estabilidad en el crecimiento económico y jurídico internacional futuro, teniendo como premisa que mediante este mecanismo los Estados deben lograr un común acuerdo para así brindar la seguridad jurídica necesaria a las partes contratantes con el fin de consolidar el comercio internacional.

I. Influencia de la globalización en el derecho y el comercio internacional

Desde el principio de los tiempos la ciencia del Derecho ha tenido como finalidad la regulación de los comportamientos derivados de las relaciones humanas en sus diversas manifestaciones, sociales, ambientales, económicas, políticas, culturales, etc., con lo cual es notorio que el Derecho se vea afectado por los fenómenos que de manera directa o indirecta atañen al orden social nacional e internacional. Tomando en cuenta esto en las siguientes líneas hemos de señalar la relevancia que el fenómeno denominado como Globalización ha tenido en la ciencia del Derecho, con principal enfoque en el área comercial tanto en el plano nacional como internacional.

1.1. Un acercamiento conceptual de la Globalización

Para entender el fenómeno denominado como Globalización es menester acercarnos en primer lugar a un concepto sobre lo que sería este como tal, siendo este fundamentado a través de diversas posturas doctrinarias. Por tanto, traemos a colación lo establecido por López Guzmán (2011) quien señala que la Globalización ante todo es un proceso económico y financiero que se concatena con un proceso científico y tecnológico, en el cual las tecnologías de la información han tejido alrededor del mundo enlaces tan densos como flexibles.

De igual manera Dávalos Torres (2010) afirma que la Globalización nació como un fenómeno económico que se encuentra caracterizado por los siguientes elementos: a) movimiento de personas de un país a otro, b) flujo de capitales de un país a otro (inversión extranjera), y c) desarrollo acelerado y democratización de las telecomunicaciones. Así pues, la Globalización modificó la interacción entre los países trayendo consigo la idea del Estado como miembro de una comunidad internacional en el cual el Estado participa de manera activa en las transacciones comerciales en el plano internacional.

En la misma línea Vengoa (2002) establece que la Globalización representa un proceso que ha dado lugar a la constitución de espacialidades temporizadoras, las cuales pueden ser entendidas como redes de interpretación en áreas como las económicas, políticas, sociales y/o culturales que trascienden las fronteras reales o imaginarias, esto debido a que las nuevas relaciones ya no se encuentran apegadas a una territorialidad y por tanto se da lugar a la aparición de circuitos de comunicación, intercambio e interdependencia entre los distintos colectivos humanos, quedando estos situados en dimensiones temporales compartidas inherentes a estas espacialidades.

Así mismo, debe ser entendido que nos encontramos ante la presencia de un fenómeno complejo, conformado por varias estructuras de disímil carácter, que son articuladas y se relacionan entre sí, sin la acción conjunta de estas estructuras no existiría lo que hoy es. Dentro de estas, se encuentran dos grandes pilares que debemos resaltar, el primero, es la eliminación de las barreras económicas – políticas a la libre circulación de factores productivos-. El segundo, es el proceso de desarrollo tecnológico sin precedente de las comunicaciones físicas y de las telecomunicaciones, lo cual ha consentido un desplazamiento fluido de personas, información y de modelos culturales y sociales por todo el mundo (Carrasco González, 2004).

Por su parte Samper Pizano (2003), más que brindar una definición de lo que sería la Globalización como tal, brinda visiones que marcan una pauta clara para la construcción para un acercamiento conceptual a esta temática, desde esta perspectiva el autor hace referencia que puede entenderse desde tres puntos de vista: Histórico, fenomenológicos e ideológicos, refiere que estos tres elementos se han combinado para dar pauta a lo que hoy conocemos como Globalización, para efectos de esta investigación haremos especial referencia al enfoque fenomenológico el cual establece que la Globalización no vino sola sino que más bien vino acompañada de una serie de fenómenos como, la liberación de los mercados, la desregulación de la vida económica, transformación de la familia, la información resultante de los avances de las comunicaciones, libre circulación de capitales, la relocalización de las relaciones políticas e, incluso, de las nuevas formas de criminalidad o de hacer la guerra, todos estos sumados conforman el concepto de globalidad.

Se puede asegurar entonces que, la Globalización se presenta como un proceso o una serie de ellos, que incorporan un fenómeno cultural cuya manifestación es consecuencia de la apertura y la integración económica la cual es promovida al interior de los países industrializados y las instituciones que estos han creado para tal fin; logrando mediante estas decisiones una integración en temas económicos, culturales, tecnológicos, etc., permitiendo pues la ampliación de los espacios económicos y el comercio, es decir un mayor flujo de inversión extranjera directa y un mayor flujo de capitales (Rodríguez Fernández, 2016).

Por consiguiente, de los planteamientos antes expuestos se logra inferir lo siguiente; en primera instancia es entendible la carencia de un concepto propio de Globalización debido al carácter complejo que lo precede, puesto que como logramos establecer en los apartados anteriores, ese se encuentra compuesto por un sin número de elementos y procesos que de manera conjunta son los que le dan cabida a esta fenomenología. Como segundo punto, habiendo realizado la aclaración anterior y con la finalidad de realizar aportes concretos en la presente investigación nos hemos de aventurar a la realización de una conceptualización del fenómeno de la Globalización, por tanto establecemos que, es un fenómeno transnacional que se ha generado mediante una serie de procesos en el marco del desarrollo humano, integrado por temas sociales, políticos, culturales, ambientales, económicos, tecnológicos, comerciales, etc., que de manera conjunta han creado interrelaciones en los Estados, relaciones que son traducidas en nuevos modelos normativos que permiten una colaboración efectiva ante el inminente índice de crecimiento comercial producido por la deslocalización de las producciones, teniendo como efecto un el impacto directo del capitalismo en los diversos modelos sociales y económicos de

los países. Logrando consigo un desarrollo inimaginable en las formas de comunicación, información y tecnológicas, trayendo como resultado un amplio desarrollo en el comercio y la economía nacional e internacional.

1. 2. Efectos de la Globalización en el marco jurídico internacional

Habiendo establecido en el apartado anterior una aproximación a lo que podría ser un concepto de Globalización, ahora es necesario analizar los efectos que ha tenido sobre la sociedad tomando como principal enfoque en el marco jurídico internacional, para esto serán expuestas diversas posturas establecidas por la doctrina las cuales ayudaran a la determinación del impacto de este fenómeno en lo referente al Derecho.

Para dar inicio a este planteamiento conviene subrayar que la Globalización se presenta en un carácter funcional, es decir que para precisar si esta es “buena” o “mala” debe ser analizada tomando en cuenta la ideología personal de cada individuo, así como la posición política adoptada por el Estado al que pertenezca, por lo tanto, es perfectamente normal encontrar diversas posturas sobre este fenómeno, es así que cada escritor realizara referencia a la misma en dependencia del aparato sociopolítico y económico en el cual desarrolle su cotidianidad, en virtud de esto es que deben ser valoradas las diversas posturas para determinar el papel que este fenómeno juega en lo relativo al marco jurídico internacional.

La Globalización pues se encuentra con sus más fieles seguidores quienes consideran de esta un tema positivo en el desarrollo humano, sin embargo, existen también quienes tienen grandes críticas en su contra, estos últimos sustentan sus críticas principalmente en el conflicto conocido como, “lucha de clases”, de manera que sus argumentos son basados esencialmente en la segmentación de los beneficios obtenidos por este fenómeno, es decir que la liberación de mercado es beneficiosa exclusivamente para los países desarrollados, generando en los mismos un crecimiento económico, mientras en los países en vías de desarrollo esto solo generaría desempleo, pobreza, crisis y desestabilidad económica, por lo que la Globalización no tendría un desarrollo homogéneo en ambas realidades sociales repercutiendo enormemente de manera negativa en los países en vías de desarrollo, esto es sumamente criticable, dado que es notorio que los países sub desarrollados deben de tener una apertura comercial creciente con fines de un desarrollo económico, y esto se encuentra en la exportación e importación de productos y servicios, que permitan configurar un plano internacional en la realidad nacional.

En contraste con lo antes expuesto encontramos lo establecido por Maya Muñoz citado por López Guzmán (2003), quien nos hace ver lo que para él serían las deficiencias del proceso de la Globalización

La Globalización no es un fenómeno nuevo. Con las premisas de que se mejora la eficiencia económica y se logra un crecimiento económico, mayor, la Globalización como política económica busca tanto la liberalización comercial como la financiera: solo un mercado, un solo precio. El mercado de trabajo, a escala internacional, se exceptúa del libre movimiento de la fuerza de trabajo. Los países desarrollados solo son generosos con las inmigraciones cuando el ciclo de negocios las hace una necesidad (p.23).

De lo antes expuesto podemos interpretar que la Globalización puede ser utilizada como un mecanismo de beneficio para unos pocos y a la disposición de los intereses económicos de un mercado único y centralizado que sea manejado por actores concretos generando una clara desventaja para otros, en la misma línea Fariñas Dulce (2008) quien expresa que:

La Globalización representa un nuevo proceso de dominación social y cultural en el cual se busca homogeneizar la pluralidad o realizar una nueva forma de neutralización y control que amenaza a la imposición de dicho modelo civilizatorio. El mismo autor nos señala que esta nueva forma de homogeneización y de dominación universalista

instrumentaliza a su favor el principio jurídico de la igualdad meramente formal, el universalismo jurídico y el discurso de unos derechos del hombre de carácter liberal e individual, como fundamento de su propia legitimidad formal. Ello conlleva el rechazo a cualquier otro tipo de Derechos humanos, que pudieran atentar contra la libertad y la ideología neoliberal del mercado, es decir, todos aquellos derechos que tengan un contenido de protección social, económica y cultural de los individuos, o un contenido redistributivo o igualitario. Por ello, el proceso de Globalización económica no tiene un efecto neutral, sino que repercute negativamente sobre los niveles de protección de los denominados derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos en general, perjudicando, por tanto, a los estratos sociales más desprotegidos económica, social y culturalmente (p.188).

En este sentido Alonso Soto (2001) también nos enuncia que la Globalización se encuentra amenazada por diversas situaciones y comportamientos de los distintos sujetos que intervienen en los mercados ya sea como actores o reguladores, trayendo consigo la adopción de políticas moderadoras por parte de los Estados que establecen el marco normativo al cual deben ser ajustado el funcionamiento de los mercados (ejemplo de esto es la creación de monopolios para la prestación de algunos servicios públicos); así mismo se instituyen medidas gubernamentales para la política comercial, siendo algunas de estas políticas la regulación de las importaciones, el fomento de la exportaciones, la protección de las pequeñas y medianas empresas, entre otras. A su vez observamos que se realizan prácticas que son contrarias a la libre competencia esto debido a que algunos empresarios (generalmente los de países industrializados) consideran más ventajosa una política de concentración que el sometimiento a las reglas de mercado, lo cual se ve agravado al transformarse sus empresas en multinacionales, ya que las prácticas se vuelven también internacionales.

En definitiva, encontramos que tiene férreos críticos los cuales argumentan sus posiciones de una manera taxativa, sin embargo, para continuar con el hilo conductor de esta investigación debe ser señalada la existencia de los seguidores que resaltan las bondades de este fenómeno, entre estos encontramos que sobresalen la internacionalización de la economía y la empresa, puesto que localizan a la libre competencia como un beneficio directo para el consumidor, ya que al tener este infinitas posibilidades que le ofrece el mercado en virtud de los distintos bienes y servicios, este gozará del derecho a la libre elección. Además, debe ser tomado en cuenta todo proceso que conlleve a un mayor desarrollo y que a su vez signifique bienestar social debe ser calificado como algo positivo, dejando en claro que el éxito o el fracaso del modelo de la Globalización no obedece a la forma como esta es concebida sino más bien a la manera en que se aplica, teniendo como premisa mayor que dicha aplicación puede variar según la posición del aparato estatal y las necesidades de sus gobernantes.

Por tanto, es conveniente resaltar lo establecido por López Guzmán (2003) quien expresa que la Globalización será un éxito cuando en esta resida en un rostro humano, por el cual se conlleve a entender primeramente las necesidades locales, la cultura y las costumbres de una región o país, para así amoldar la teoría económica a la realidad social, dado que de forma indiscutible este fenómeno lleva a cabo una realidad económica irreversible que atraviesa hasta nuestros intereses más recónditos.

Así mismo, debe ser destacado lo expuesto por Flores Enciso (2006) quien deja en claro que la Globalización tiene un carácter irreversible, no se puede negar el incremento que ha traído al comercio y que ello ha implicado una mayor inversión, con productividades crecientes, trayendo consigo crecimiento y empleo en los países que son líderes dentro de este proceso, sin embargo, como todo proceso también ha traído costos, principalmente en los países que con rezagos en sus estructuras políticas, tecnológicas, productivas y sociales se lanzan a esta aventura la cual puede acarrearles mayor desigualdad económica y exclusión social sino se prepara de manera

eficiente para una adecuada implementación de este fenómeno. Se requiere de un trabajo de perseverancia, esfuerzo y dedicación para que este fenómeno sea efectivamente incorporado en una política estatal.

De los argumentos antes mostrados logramos inferir que el fenómeno de la Globalización como todo proceso presenta ventajas y desventajas al momento de su implementación, no obstante, en el marco de esta investigación establecemos que la influencia de la Globalización no resulta negativa, esto debido a la clara contribución que esta fenomenología ha traído en los diversos espectros sociales de manera fundamental en el campo jurídico, como resultado de esta influencia positiva nos encontramos con regulaciones que contribuyen a establecer límites y controles en las actividades económicas transnacionales, que debido a su naturaleza “global” escapan de las regulaciones internas de los Estados. Produciendo pues, una “Globalización Jurídica”, la cual desarrollaría procesos y lineamientos a seguir para los negocios internacionales, generando tipologías contractuales mercantiles que traen consigo reglas de reconocimiento y validación, permitiendo pues un mayor desarrollo económico, ampliación en el mercado, competitividad en el comercio y una mejor oferta y demanda para sector de los consumidores.

1.3. La Globalización en el Comercio Internacional

Teniendo claro el efecto que la Globalización posee en lo respectivo al marco jurídico internacional es necesario continuar el hilo conductor de la investigación en lo referente al impacto que ha tenido en el comercio internacional. Por tanto, es menester traer a colación la siguiente premisa: Sí bien es cierto, la Globalización se ha vuelto parte de la cotidianidad de los seres humanos, puesto que la encontramos en la política, el arte, la cultura, el comercio, la economía y por supuesto el Derecho solo por mencionar algunas áreas, debemos enfatizar que esta ha tenido una especial repercusión en el comercio esto debido a la penetración que el fenómeno ha tenido en las fronteras geográficas, al punto de casi hacerlas desaparecer, con lo cual se han acortado drásticamente las distancias en el mundo generando afectación directa en la economía, el comercio y la autonomía soberana de los Estados, tal como nos señala Rodríguez (1999) actualmente nos encontramos ante una “Soberanía Compartida” en la cual se ven fundamentadas las nuevas relaciones internacionales.

Dada la premisa anterior, es oportuno hacer mención de la acertada opinión de Salcedo (2008):

En efecto, con el fin de desarrollar un verdadero espacio jurídico global en el cual los diferentes ordenamientos jurídicos coexistan y se articulen para evitar caer en una «Babel Jurídica», un análisis en términos jerárquicos es inapropiado. La estructuración del mundo jurídico global no permite que se continúe limitando el análisis de las relaciones entre los diferentes productores de derecho, sus competencias y su normatividad en términos de simple soberanía o de jerarquía institucional. Por esta razón, estamos obligados a ir más allá de estas ideas para apropiarnos del análisis de estas relaciones en los términos de una organización superpuesta de ordenamientos jurídicos en la cual estos se influyen mutuamente y están obligados a actuar de manera coordinada para producir reglas de derecho (p. 47).

Lo precedente, debe ser concatenado con la siguiente línea de pensamiento, la Globalización trae consigo la apertura e intensificación del comercio internacional, la cual tiene como resultado un cambio en los modos de comportamiento de las diferentes esferas sociales que nos rodean. Nos encontramos pues ante un cambio en los modos de producción, mercadeo, comercialización y distribución de bienes y servicios en el cual los movimientos capitales se ven impregnados en una nueva concepción denominada como “mercado global”, dejando de lado la

antigua concepción de un mercado local que fungía como único³ ente moderador del comercio (Rodríguez Fernández, 2016).

La Globalización tal como nos señala Arcelia Quintana citada por Castrillón y Luna (2011) ha supuesto un cambio a los principios rectores del libre mercado, de manera que a los Estados-Nación les supone dos grandes retos; por un lado, normar las actividades, relaciones y procedimientos que sean generados por los actores del mundo comercial y por otro lado, lograr que esas normas formen parte de un Derecho Comercial Internacional, o como bien es conocido por algunos doctrinarios el “Derecho Mercantil Internacional⁴”, logrando entonces que sean armonizadas las regulaciones de los intercambios económicos, el libre comercio, la transferencia de tecnología, los contratos internacionales y el comercio internacional de bienes y servicios.

Es por la coordinación que se busca en los mercados que nacen nuevas normas de Derecho Mercantil Internacional, es a través de este que los Estados buscan resolver las carencias que tienen los ordenamientos Estatales ante la Globalización esta nos invita a tomar una mirada hacia las nuevas regulaciones jurídicas requeridas por estas actividades. Así pues, debemos señalar que el comercio internacional pretende realizar una desaparición de las fronteras nacionales (únicamente para efectos comerciales), esto en concordancia con una manifestación jurídica precisa, que se encuentre acorde con las nuevas tendencias reconocen la multiplicidad de niveles de derecho, enfocándose principalmente en tres; el global, el nacional y el sub nacional (Twining, Guardiola, Rivera & Sandoval Villalba, 2003).

Igualmente, debe ser entendido que, aunque la Globalización ha sido el principal impulsor del comercio internacional, este fenómeno no es el que dio origen a este giro económico, puesto que tal como nos señala Torres Manzo (1961) el comercio internacional surgió inicialmente como un mecanismo de respuesta a las necesidades planteadas por la desigual oferta de productos de los pueblos. Esta aseveración debe ser entendida como el inicio de lo que hoy conocemos como distribución de productos y servicios el cual como es sabido a lo largo de los años ha sufrido transformaciones en función del desarrollo socio – económico – político de la humanidad, frente a esta realidad y a la fuerza expansiva que alcanzo el comercio, al punto de

³ Al hablar del mercado local como único regulador del comercio hacemos referencia a las relaciones comerciales clásicas, que se generaban antes de esta nueva era comercial, en las cuales eran contenidos elementos puramente locales o localizados, que permitían a los Estados tener un control absoluto sobre las mismas.

⁴ Terminología que para los autores es considerada como acertada y por tanto en lo que resta de la investigación será referencia fundamentando nuestro razonamiento en adhesión a lo expuesto por Ravassa Moreno (2004) quien establece que: debe hablarse de un Derecho Mercantil internacional y no de un derecho comercial, porque la configuración de este comprende un abanico de disposiciones que pueden ser sintetizadas así: En primer lugar, como base de sustentación original, las normas de derecho constitucional económico y de los códigos y leyes mercantiles, junto a las viejas normas para regular conflictos de leyes o reglas de colisión entre diferentes ordenamientos estatales. Estas normas requieren de adaptación a las nuevas situaciones creadas por la comunidad internacional; Sigue inmediatamente el derecho uniforme internacional que los diferentes Estados pueden adoptar mediante tratados, convenciones o poniendo en vigor en su territorio leyes modelos, cuyo contenido ha sido fijado previamente por organismo internacionales; entran igualmente las normas de derecho derivado y obligatoria aplicación procedentes de las organizaciones regionales de países, a las que también se ingresa por los tratados; continúa la relación con las disposiciones elaboradas pero el concierto de sujetos que intervienen en el tráfico internacional y por los organismos privados, como los usos y prácticas, guías jurídicas, formularios de contratos, condiciones generales de contratación, etc. de carácter internacional, tales como INCOTERMS ; y finaliza esta relación con las decisiones de los tribunales internacionales.

no reconocer fronteras para efectos comerciales, es que se da la adaptación de las normas en congruencia con el ámbito internacional del cual debían formar parte con el fin de lograr una mayor y efectiva seguridad jurídica en el cual es requerida la participación activa de los países que se ven involucrados en este modelo comercial, los cuales a consecuencia del mismo deben realizar adecuaciones en sus ordenamientos internos independientemente de la región geográfica en la que estén localizados.

En definitiva, la Globalización ha permitido el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, logrando un carácter transnacional bajo el cual se rigen los comerciantes, quienes hoy en día no se limitan a la realización de actividades meramente locales, puesto que a como ya hemos señalado con anterioridad los negocios actuales trascienden las fronteras cotidianamente. Es por esto que, la Globalización no debe ser entendida como un simple proceso económico – político en el cual el derecho es un elemento extraño, sino que también debe entenderse que se trata a su vez, de un verdadero proceso jurídico (Sánchez Torrez, 2011).

De modo que se logra observar el impacto que la Globalización ha tenido en el comercio internacional, generando estos significativos cambios en la manera del que hacer comercial, abriendo un sinfín de posibilidades para los actores de este proceso económico, trayendo consigo una nueva forma de hacer, normar y regir el nuevo desafío que le es presentando mediante un comercio internacional con carácter global, en el cual se ven envueltos un sin número de procesos de adecuación cultural, social, económicas y jurídica que permitan el desarrollo pleno brindando el crecimiento exponencial esperado a este modelo de negocio.

1.4. Impacto de la Globalización en la creación de nuevos procesos normativos internacionales

Como ya ha sido señalado en los apartados anteriores la Globalización supone un reto a los diversos espectros sociales, entre ellos el ámbito jurídico, debido a la adecuación, transformación y creación de normativas que se adapten a la nueva realidad social que este fenómeno trae consigo, de manera que los ordenamientos internos de cada Estado deben formar parte de la creación y adhesión a normas de corte internacional para permitir el armónico funcionamiento de la sociedad global.

Es por esto que muy acertadamente Zagrebelsky citado por Arévalo Mutiz (2008) realiza la siguiente reflexión:

El derecho se está transformando en los tiempos modernos, abandonando la idea de “Estado fuerza” que se impone sobre todo aquello que está bajo su dominio y que posee la competencia para ser el único creador legítimo de las normas, hecho que al ser contrastado con la nueva realidad nos conduce a un concepto de Estado que cambia a partir de “fuerzas corrosivas”. Desde finales del siglo pasado actúan fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de la soberanía de sujeción; la formación de centros de poder alternativo y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso” (p.81).

De la aseveración anterior se puede inferir que a simple vista la soberanía Estatal está siendo menguada por el impetuoso avance de la Globalización, nos atreveríamos a afirmar que más bien nos encontramos ante un nuevo modelo de soberanía, en el cual es necesario realizar una re-conceptualización de esta, en función de atender la influencia de un Estado sobre otro, así como la idea de territorio, en virtud de lograr la ruptura de la frontera territorial y buscar la construcción de un nuevo mapa global que contribuya a una liberación comercial o bien una “Globalización Jurídica” de cara a un ámbito comercial más íntegro en el plano internacional.

Es por lo antes expuesto que esto le supone retos al derecho, debido al crecimiento económico inesperado que se ha alcanzado con el mismo trae consigo la fusión de sistemas jurídicos muy diferentes y, que en algunos sentidos pueden ser opuestos, como ejemplo de esto tenemos el sistema angloamericano también conocido como *Common Law* y el sistema continental europeo conocido también como sistema romano francés. De manera que el fenómeno de la Globalización trae consigo toda una revolución en el mundo del Derecho, conllevando a la construcción de nuevos arquetipos jurídicos, que serán basados en las nuevas demandas que surjan con el paso del tiempo y que supondrá la creación de nuevas instituciones donde estas puedan ser solucionadas.

Tal como lo expresa Clerc (2013) la Globalización jurídica, no es un fenómeno aislado sino más bien un proceso estructural y sistemático, en el cual convergen un conjunto de fenómenos, paralelos y divergentes, con diferentes impactos sobre conglomerados, mecanismos, dispositivos, prácticas, agentes, valores, etc. es por ello que se hace referencia a “procesos globalizadores”, debido a que esta expresión abarca de manera más exacta todo lo que conlleva el fenómeno globalizador. El efecto de los procesos globalizadores en el Derecho ha sido la interacción e interrelación de los Estados en lo respectivo a la reestructuración de los marcos jurídicos nacionales, de cara a la creación de un derecho transnacional, el cual responde a una nueva realidad jurídica global a la que estos se ven enfrentados, mediante la que se brinda la instauración de un nuevo espacio internacional caracterizado por la creación de normativas que interactúen y sean adecuadas a la jurisdicción internacional y a la soberanía internas de cada Estado.

Así mismo es oportuno traer a colación lo referido por Contreras quien es citado por Jiménez Benítez (2011), quien expresa que las transformaciones jurídicas originadas por el fenómeno globalizador traen consigo procesos de modernización con una urgencia de ajuste estructural interior del Estado, y, hacia el exterior, el diseño de unas políticas de inserción transnacional en que se equilibre la soberanía interna con un orden jurídico que posibilite la competencia global y promueva la emergencia de otros actores como protagonistas de la nueva jerarquía normativa. De esta jerarquía normativa no solo los Estados pasarían a ser sujetos del Derecho internacional, sino que también lo serían los pueblos y los individuos, concretamente para efectos de esta investigación los comerciantes o empresarios quienes surgen en el ámbito comercial internacional como actores transnacionales, de igual modo se encontrarán como sujetos de esta nueva esfera jurídica los organismos no gubernamentales que generan una sociedad heterogénea, la cual se encuentra ajena al control territorial y político del Estado.

En la misma línea Oviedo Albán (1999) señala, que, frente al fenómeno de la Globalización de las relaciones económicas, se da la necesidad de pensar en la creación de un conjunto de reglas jurídicas ágiles que puedan ser aplicables a todos los sistemas sociales, políticos y económicos, de modo que las relaciones jurídicas que surjan en el marco de las transacciones internacionales estén dotadas de seguridad jurídica y agilidad. Un ejemplo de esto sería dado por la nueva *Lex Mercatoria* o Derecho Mercantil Internacional, la cual se encuentra manifestada en contratos estándar, prácticas comerciales reconocidas, usos, costumbres, códigos de conducta, reglas y principios recomendados por organizaciones internacionales.

Como resultado de los planteamientos antes expuestos encontramos que claramente el fenómeno de la Globalización tiene un impacto directo en la ciencia del Derecho, de modo que nos topamos con la necesidad de redefinir los marcos jurídicos nacionales de cada Estado para que estos puedan ser insertados en un Derecho global, basados en la coexistencia de los diferentes ordenamientos jurídicos bajo el eje de principios comunes o rectores, que permitan la creación de un espacio articulado en el cual un conjunto de reglas básicas consientan la convivencia y armonía de todos los sectores. En base a esto se denota una mayor apertura en los espacios del mercado para efectos de comercio, economía y finanzas libres, por tanto, se

permite una mayor circulación de bienes y servicios destinados a las personas y comercializados por las mismas, es a través de estos espacios que observamos el propósito de un nuevo Derecho en el cual no se encuentren barreras, fronteras y limitaciones para la expansión de este nuevo giro económico, de manera que nos hace pensar de manera clara en un sistema jurídico que no se encuentre determinado por un territorio como centro propio de existencia y referencia pero que a su vez se encuentren vinculados todos los Estados sin importar su ubicación geográfica o sistema jurídico.

Al mismo tiempo debe denotarse que, aunque en principio ante el proceso de Globalización existe una cesión de la soberanía por parte de los Estados, esta no implica una desaparición del Estado nacional, debido a que este proceso no debe ser entendido como la eliminación de los sistemas jurídicos nacionales, sino más bien como la búsqueda de una complementación, adecuación y concordancia de los diferentes ordenamientos jurídicos de carácter regional, estatal y supra nacional, debido a esto, nos propone la creación de nuevos procesos normativos internacionales en los que los Estados cedan en alguna medida su soberanía y se sometan a directrices internacionalmente reconocidas y adoptadas por cada uno de los miembros del nuevo orden económico a fin de lograr un acuerdo entre las partes y la solución armónica de los problemas que surgiesen por este proceso.

II. Derecho uniforme versus armonización del Derecho

Tal como se ha establecido en el apartado anterior es notorio el efecto que ejerce la Globalización en el Estado y el Derecho, por tanto, en el presente apartado es menester abordar las principales manifestaciones o acciones que se presentan en el espacio del Derecho Mercantil Internacional, de modo que será expuesta la forma en que se materializa el fenómeno de la Globalización en las nuevas formas de hacer Derecho. Por lo antes referido y con la finalidad de continuar con el hilo conductor de esta investigación en el presente apartado se procederá a realizar el análisis puntual de la uniformidad y la armonización, en virtud de la presencia contundente que estas figuras tienen, en las mismas se refleja de manera tangible la actualización jurídica que ha surgido a raíz de la Globalización mediante la versatilidad en la convergen.

II.1. Derecho Uniforme

A lo largo del tiempo el comercio ha sufrido modificaciones notorias, sobre todo, por el auge y expansión del mismo en el plano internacional, lo que ha significado la interconexión de diversas culturas, bienes y servicios que pasarían a ser distribuidos en diversos países, bajo el sistema de oferta y demanda en la búsqueda de la ampliación del mercado. Esta nueva forma de hacer comercio le represento retos a los ordenamientos internos de los países debido a que los mismos no se encontraban adecuados para atender los conflictos que pudiesen surgir entre las partes involucradas en la nueva modalidad comercial. Bajo esta motivante el Derecho Mercantil Internacional intento buscar el desarrollo de normas uniformes en lo sustancial, o cuando menos, reducir las diferencias entre las principales corrientes jurídicas.

Es así que nace el Derecho Uniforme en el año 1880, movimiento expuesto por el holandés Asser, quien planteaba la idea de una unificación de normas de conflicto de leyes, a través de convenciones internacionales. En este modelo se propuso la creación de un Derecho Uniforme como base que se superpondría a los sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado, estableciendo pues la idea de una codificación o compilación sistemática de las normas internacionales presidida por principios propios y comunes a los distintos Estados (Vargas Gómez-Urrutia, 2000).

Por tanto, la unificación del derecho no es solamente el trasplante de instituciones provenientes de cada ordenamiento jurídico, sino que esta representa más bien una convivencia entre las principales familias jurídicas el cual se traduce en nuevos métodos de producción jurídica, dicho esto se debe tener presente que para la unificación del Derecho Mercantil Internacional solo

han sido utilizados los mecanismos propios de las codificaciones europeo continentales y las que en ellas se basan (Oviedo Albán, 2008)⁵.

Debe entenderse pues que el eje del Derecho Uniforme radica en encontrar relaciones jurídicas seguras y estables para con las partes de la nueva economía internacional, que ha sido motivada por los cambios tecnológicos, comerciales e industriales que se produjeron por el fenómeno globalizador. Ante el auge producido por este fenómeno a principios del siglo pasado fue imperiosa la unificación del Derecho Internacional sustantivo y el aplicable a los intercambios comerciales internacionales, debido a la insuficiencia que presentaba el Derecho Internacional Privado y su sistema conflictual para efectos de cubrir el amplio elenco de cuestiones que producían los contratos mercantiles (Perales Viscasillas, 2014).

Debido a los factores antes expuestos, tal como señala Álvarez Contreras (2016) fueron haciéndose cada vez más frecuentes los esfuerzos por crear instrumentos que tuviesen como finalidad alcanzar la unificación del Derecho de los contratos internacionales. Una primera herramienta, tradicional, que fue empleada para ese fin, consistió en la suscripción de tratados internacionales o multilaterales, los cuales se caracterizaban por su carácter vinculante, es decir, por tener aplicación obligatoria sobre las partes suscriptoras siempre que se reunieran los requisitos para su aplicación, teniendo como salvedad que las partes hubieran dispuesto otra cosa.

Después de haber planteado el origen, la función y las expresiones en las que puede ser dada la bien conocida unificación del derecho surge aun la siguiente interrogante ¿Cuál sería entonces el concepto adecuado para esta figura jurídica?, a esta interrogante en una primera instancia Vargas Gómez-Urrutia (2000) nos plantea lo siguiente:

La expresión unificación del derecho tiene un alcance amplio y no unívoco ya que puede se empleaba para referirse a fenómenos jurídicos diversos. Vale tanto para señalar, la adopción, en el territorio de un Estado plurilegislativos y no unitario, de una normativa única que afecto a una o varias materias concretas, con la finalidad que sea aplicable en todo el territorio de ese Estado y a las personas que en el mismo residan; como para indicar las estipulaciones de un tratado internacional entre Estados soberanos e independientes que disciplinan de modo uniforme una determinada relación jurídica (p.7).

Según Fernández Rozas, Arenas García & De Miguel Asencio (2013) al hablar de unificación propiamente dicha nos encontramos ante un proceso mediante el cual se busca la modificación de ciertos regímenes internos de los Estados, para conferir previsibilidad a las operaciones transfronterizas, en este se requiere la existencia de un texto común, bien sea convenio o ley uniforme, que resulta de directa aplicación para el operador jurídico⁶.

En la misma línea Romero Erazo (1998) nos dice que la unificación de las reglas jurídicas internacionales en materia comercial son la respuesta de la comunidad internacional en su

⁵ En estos encontramos basados los conocidos *restatements* o conjunto de reglas que son utilizados habitualmente en el comercio internacional bajo la premisa que en principio estos serán aplicados bajo la sumisión expresa de los contratos a ellas, estas a su vez proviene del intento de recopilación las reglas del derecho detentadas por vida de precedentes jurisprudenciales, sin otra autoridad persuasiva (Oviedo Albán, 2008).

⁶ Debe ser entendido como “Operador Jurídico” el proceso mediante el cual los Estados aprueban normas, procedimientos o regímenes jurídicos comunes para la regulación de determinados aspectos de las operaciones mercantiles internacionales.

búsqueda de la creación de un lenguaje común que facilite el intercambio de bienes, servicios y capitales, mediante reglas jurídicas internacionales que permitan la solución de conflictos mediante el uso de costumbres comerciales generalizadas.

De lo antes expuesto se puede concluir que el Derecho Uniforme es la manifestación que nace en respuesta a los conflictos derivados de las nuevas transacciones comerciales internacionales, la cual se traduce en un conjunto de reglas internacionales elaboradas mediante la modificación de ciertos regímenes internos de los Estados para lograr un conjunto de normas generalizadas que sean vinculantes para las partes contratantes, a la que los Estados puedan adherirse, mediante un procedimiento establecido.

II.2. Armonización del Derecho

La armonización implica un proceso mediante el cual se busca la conformidad legislativa entre los distintos ordenamientos internos a fin de establecer un sistema normativo consistente, coherente y amplio que permita a los Estados tener un procedimiento acertado para el tratamiento de los temas asuntos que se encuentran dispersos, de forma que mediante este se logre la seguridad jurídica necesaria para con las partes involucradas (Momborg Uribe, 2009).

Serna De La Garza (2007) plantea que, desde el punto de vista de un sistema federal, la armonización puede entenderse como el proceso por el cual el Derecho local a través de una entidad determina se llega a asemejar al derecho de otras entidades federales, sin que esta pierda su identidad local propia. Así mismo, se puede entender a la armonización desde varios niveles como constitucional, legislativo y jurisprudencia. A efectos de la presente investigación tocaremos puntualmente lo que el autor señala en lo respectivo a una armonización legislativa, se dice pues que la armonización legislativa vendría siendo el proceso por el cual las leyes locales en una materia determinada se llegan a asemejar a las leyes de otras entidades federales, sin perder estas su identidad propia como leyes locales. Es pues que, por medio de la armonización, las diversas leyes locales llegan a tener características comunes que les permitan un desarrollo pleno en el marco internacional sin perder su carácter soberano.

En la misma línea de ideas Bermúdez (2006) citado por Medina Velandia & Plazas Estepa (2016) nos define a la armonización como la unión de consideraciones de índole jurídica y de mayor flexibilidad que la unificación, ya que en esta no se ve implicada necesariamente en la adopción de un texto uniforme que rija a los estados miembros, sino que más bien se refiere a la aproximación de criterios jurídicos, apoyando estos en bases, leyes modelos o doctrina común, que puedan servir como punto de partida para que legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico en un conflicto de intereses determinado que surja de las relaciones internacionales.

Debe ser entendido pues que la armonización es un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer para incorporar normas comunes o similares, sin que exista por estas un menoscabo en la soberanía estatal. Esta figura se presenta mediante un proceso que se lleva a cabo desde distintos niveles, en los diferentes campos del Derecho y el cual se encuentra regido por distintas pautas y principios. El proceso se desarrolla en dos partes primeramente se da la aceptación de los institutos creados para la armonización, luego busca el acercamiento de los Estados para efectos de buscar las soluciones necesarias para los conflictos hasta finalmente están quedan limitadas a las diferencias de aspectos meramente técnicos. La última fase sería la adopción de normas comunes, sobre la base de proyectos de unificación (Lerner, 2004).

La importancia de la armonización del derecho radicaría en la coexistencia de los ordenamientos locales adaptados bajo una serie de lineamientos internacionales los cuales permitirían un

desarrollo pleno del derecho sin menoscabar en la soberanía estatal, tal como nos señala Jitta citado por Vargas Gómez (2000):

La progresiva armonización de las normas de colisión sería un cauce adecuado para lograr la necesaria coexistencia entre los diversos sistemas en presencia. Además, no bastaba que el legislador interno dictase normas para elegir una norma determinada éntrelas que estaban en conflicto, sino que era preciso contribuir a la aplicación armónica del derecho privado en las relaciones jurídicas de tráfico externo mediante la referencia a una ley determinada, o bien formulando una norma jurídica que el juez aplicase directamente a los individuos. Es decir, ya apuntando a lo que doctrina ha denominado dimensión interna de la uniformidad el derecho, realizada a través de normas materiales especiales de Derecho Internacional Privado (p. 6).

Por tanto, podemos inferir que la armonización se presenta mediante diversos grados o campos, abarcando pues diversas ramas del Derecho, con el fin de realizar una estandarización de reglas, de conceptos o de métodos. Así mismo debe ser destacado que la armonización no implica necesariamente la existencia de una obligación internacional, de modo que cada Estado goza de cierta discrecionalidad en la determinación del contenido y alcance que tendrá la norma que será introducida a su derecho interno, es decir, mediante este proceso los Estados no ven menoscabada su autonomía estatal, sino que más bien se les brinda un mecanismo por el cual la puedan reestructurar su ordenamiento interno en virtud de una mayor funcionalidad para la resolución de conflictos que surgen al margen de el orden jurídico internacional.

II.3. Diferencias entre ambos métodos

Como se ha observado los procesos de unificación y armonización de las normas de Derecho Mercantil Internacional no tienen propósito diferente al de regular de una manera más adecuada para la resolución de conflictos que surjan producto de la actividad comercial en el ámbito internacional, estos pues son los impulsos para lograr una mayor convergencia normativa, reconociendo a su vez los aspectos que son totalmente disimiles en los diversos ordenamientos del mundo, buscando pues los mecanismos adecuados que permitan resolver las controversias que de estos surjan (Ruiz Pinzón, 2012).

A través de ambos mecanismos se tiene como finalidad eliminar los obstáculos legales que venían entorpeciendo las negociaciones comerciales internacionales, por lo que con esto se buscó la reducción del riesgo legal y el mejoramiento de las leyes locales, a fin de brindar la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo y expansión del comercio internacional mediante un marco normativo internacional que permitiese una efectiva solución de controversias.

Tal como nos señala Vargas Gómez-Urrutia (2000) el elemento por el cual se caracterizan ambos métodos es el fin práctico perseguido el cual consiste en la necesidad de contar con una reglamentación lo más unitaria posible. Es importante destacar que existen diferencias clara, primeramente, la armonización permite que el Estado actúe en el ejercicio de su poder soberano y de su jurisdicción sobre el territorio por ende sobre las personas que componen este, por su parte con la unificación los Estados en el ejercicio de su soberanía se hacen reciprocas concesiones con el propósito de lograr una regulación uniforme sobre una determinada materia, para que esta opere y sea aplicable en un ordenamiento jurídico distinto a los nacionales de cada Estado.

De modo que el primer carácter esencial que se observa el en Derecho Uniforme es la voluntad de los Estados a someterse, debido a la exigencia practica de ciertas relaciones jurídicas, a una misma reglamentación, logrando pues la inserción de dos o más sistemas jurídicos nacionales para así obtener normas de contenido idéntico de carácter supranacional que funcionen de

manera independiente a la soberanía Estatal pero que a su vez, sea vinculante para con los Estados miembros.

La armonización por su parte tiene como carácter esencial, brindar procedimientos que suponen alcanzar la modificación de la legislación de varios Estados sin que se alcance con esta una completa unificación de los mismos, pero con el propósito de crear afinidad entre las diversas legislaciones, ya sea en su tipo sustantivo o procesal, para que estas puedan dar una mejor solución a los conflictos internacionales sin tener que ceder su soberanía estatal, ni producir alguna especie de menoscabo en la misma.

En consecuencia, de lo antes expuesto cuando se hace referencia a la unificación se habla de un Derecho Internacional Uniforme en el cual los Estados se someten a un conjunto de reglas internacionales que funcionan de manera paralela a las existentes en su ordenamiento interno, en cambio cuando se habla de armonización no se hace referencia a un Derecho internacional Uniforme, debido a que con esta cada Estado goza de cierta discrecionalidad en la determinación del alcance y contenido que tendrán las normas que son introducidas en su ordenamiento jurídico, discrecionalidad que no le es concedida a los Estados cuando se aplica el Derecho Uniforme convencional.

La armonización, entonces, pretende brindar un fortalecimiento a las similitudes de los derechos de diferentes países sin reclamar la unificación de los mismo, por lo cual el nivel de armonización alcanzado entre los distintos Estados miembros nunca será total o absoluto ya que el mismo depende de varias circunstancias. En buena medida dependerá de las voluntades de los Estados para la adopción en sus legislaciones internas de los instrumentos internacionales, negociados y aprobados mediante las organizaciones que promuevan la armonización normativa. De igual manera dependerá de los Estados el aceptar el uso continuado de instrumentos de carácter privado, como los Incoterms o las reglas UCP, al interior de sus legislaciones, o dependerá de la aceptación de mecanismos alternativos de resolución de disputas como el arbitraje internacional (Rodríguez Fernández 2016).

En contra posición con lo antes expuesto encontramos lo establecido por Martínez Cañellas (2001) quien expone cuatro razones por las que se dificulta la armonización del Derecho Mercantil, en primer lugar, nos habla de la diversidad de sistemas legislativos existentes lo cual generaría un problema doble, por una parte, cada ordenamiento jurídico ha desarrollado conceptos específicos difícilmente trasladables a otros ordenamientos, en otro sentido, todo jurista tenderá a creer que su sistema jurídico ofrece soluciones más justas, en gran porción por el desconocimiento de los sistemas foráneos, con lo cual el conseguir una solución integradora se convertirá en una labor ardua. Como segunda razón, están los motivos económicos que se resaltan en los países con mayor potencial dado que estos intentarán imponer sus ordenamientos, que normalmente les serán más favorables. En tercer lugar, plantea las razones políticas, como las que pueden ser planteadas por países de economía socialista frente a otros con economías de mercado. Como cuarta razón también en este puede influir el tipo religioso, como la reticencia de los países árabes en reconocer un derecho a los intereses.

Por su parte Bermúdez Abreu (2006) nos expresa que en el caso de la Unificación del Derecho Internacional también se nos presentan diversas dificultades al utilizar este modelo jurídico, esta nos trae una dificultad en el reconocimiento de la identidad nacional, teniendo como primera limitante la institución del orden público, esto debido a que el mismo penderá de la cultura y tradición jurídica de cada Estado más que de las diferencias terminológicas. Como segunda dificultad nos plantea la interpretación liberal, puesto que esta responderá a cuestiones de orden educativo las cuales se encuentran ceñidas por los ordenamientos jurídicos de cada nación, de modo que, aunque exista un texto social común entre los Estados partes la interpretación y aplicación de las normas jurídicas podrían ser diferentes en cada uno de ellos. Como conclusión de esto se puede tener que los textos uniformes pueden dar lugar a interpretaciones

contradictorias que acarren consigo nuevas problemáticas que se le escapen de las manos a los Estados miembros.

Tomando en cuenta lo antes planteando nos cuestionamos ¿Cuál es proceso adecuado para implementar en el Derecho Mercantil Internacional? En principio debemos dejar claro que ambos procesos en alguna medida han logrado contribuir a lo que hoy en día conocemos como Derecho Mercantil Internacional puesto que, a través de los mismos los legisladores han tendido las pautas necesarias para crear normas acorde al Derecho del comercio internacional, logrando, por tanto, el desarrollo económico que hoy en día conocemos, si bien es cierto, ambos procesos han representado retos para los sistemas nacionales e internacionales han logrado cumplir con su propósito inicial: brindar seguridad jurídica a las partes contratantes con el fin de obtener un ordenamiento internacional dinámico en el que se puedan desenvolver sin dificultad los diversos actores económicos. A nuestro criterio nos inclinamos por el proceso más conciliador, es decir la armonización, esto en virtud de la libertad que se les brinda a los Estados miembros para que estos adapten sus ordenamientos internos según lineamientos internacionales, sin que los mismos pierdan la autonomía estatal, nuestra posición no es absoluta, empero el proceso de armonización ha creado instrumentos que no requieren ser incorporado por los Estado para que validez, basta con la autonomía de la voluntad de las partes.

Consideramos pues que, mediante la armonización existiría un mayor acuerdo entre los Estados facilitando así el crecimiento económico internacional debido a la doble seguridad jurídica que con este se presentaría, por un lado seguridad para las partes contratantes por la aplicación de un derecho que le facilitara la resolución de conflictos y por otro lado la seguridad jurídica para con los Estados miembros puesto que los mismo no verían menoscabada su soberanía estatal teniendo como resultado una mayor voluntad política al momento de adoptar los lineamientos.

II.4. Expresiones de los métodos de armonización y unificación

En el presente apartado serán abordados dos de los principales mecanismos internacionales que nacieron al margen de este nuevo orden jurídico para brindar una regulación efectiva con la finalidad de entender el alcance y materialización que los procesos han tenido en el Derecho Mercantil Internacional.

La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías constituye el instrumento internacional de mayor importancia en lo respectivo a la regulación de relaciones económicas internacionales, esto debido a que establece una regulación completa, ágil y flexible destinada a normar las operaciones que son normalmente utilizadas en el mundo (Huamán Sialer, 2014). Se ha erigido como uno de los principales referentes normativos en materia de compraventa internacional, debido a su generalizada aceptación y utilización tanto por los Estados como por los actores jurídicos internacionales (Cadena Afanador & Cubillos Guzmán, 2012).

La convención se encuentra estructurada por un total de 101 artículos, que son divididos en cuatro partes. La Parte I define el ámbito de aplicación y contiene algunas disposiciones generales entre las cuales se encuentran reglas de interpretación de la Convención (Artículos 1-13). La Parte II regula la formación del contrato (Artículos 14-24). La Parte III está dedicada a la ejecución o cumplimiento del contrato, incorporando la mayor parte de disposiciones sustantivas referidas a los derechos y obligaciones de las partes del contrato de compraventa internacional. La Parte IV, titulada "Disposiciones Finales", explica cómo un Estado puede adherirse a la Convención y que tipo de reservas puede imponer a su aceptación.

El uso de este instrumento ha sido destacado tanto en tribunales judiciales como arbitrales, como en los Estados parte de la misma, se dice que esta se encuentra a la vanguardia del

comercio internacional, debido a la interpretación que se le ha logrado dar a la legislación interna a la luz de esta convención, incorporando pues los principios que aporta este instrumento y entendiendo que al utilizarla se busca una forma para la eliminación de barreras innecesaria que surgen a raíz de las diferencias entre los sistemas jurídicos. Inclusive puede ser afirmado que mediante esta, se logra una manera mucho más profunda de lograr cambios y modificaciones directamente en el derecho positivo, como se espera que pase en las revisiones de la legislación que vienen desarrollándose, por otra parte puede ayudar a disminuir o evitar el fenómeno conocido como el *forum shopping* internacional, que consiste en que los particulares tienden a acudir a las autoridades de un país determinado con el fin de lograr un concreto resultado jurídico que favorezca sus intereses (De Valdenebro, 2011).

En esta convención convergen diferentes familias jurídicas existentes en la actualidad, por tanto, la Convención, hace un intento para lograr la unificación del Derecho privado a nivel internacional, salvando los tropiezos surgidos por la aplicación de las leyes nacionales a los contratos, y en particular al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Su importancia puede observarse desde diferentes aspectos; el primero lo constituye el hecho de que haya sido suscrita y ratificada por países de todos los continentes, sin distinción de posición económica ni política, hecho manifestado desde la conformación del grupo de trabajo Oviedo Albán (2008).

Tomando en cuenta lo antes expuesto nos atreveremos afirmar que la convención es la manifestación con mayor relevancia en el denominado Derecho Uniforme. Al momento de su creación brindaba las garantías óptimas para que existiese una continuidad de las relaciones jurídicas a través de los espacios supranacionales dotándolos de mayor seguridad jurídica. La Convención se ha convertido desde su entrada en vigor en un instrumento cardinal en la regulación de los contratos internacionales de compraventa (Fernández Rozas, Arenas García & De Miguel Asensio, 2013).

Se logra inferir pues que esta convención fue elaborada mediante mecanismos justos provenientes de diferentes países y familias jurídicas, lo que significó que en ella fuesen contempladas de forma conjunta los intereses de los países del *Common law*, los países socialistas y los países en vía de desarrollo. En esta se reflejan de manera clara los indicios de la unificación del derecho que si bien es cierto actualmente no se aplican de manera taxativa, debido a la convivencia de modelos armonizadores y unificadores en el esquema internacional, nos demuestra como el trabajo conjunto de diversos estados a la luz de una aplicación justa y compartida de la carga jurídica internacional puede brindar como efecto un modelo jurídico aplicable en diversos ordenamientos, brindando así soluciones efectivas para las controversias suscitadas en el marco internacional, promoviendo el crecimiento económico efectivo y sostenible del comercio internacional.

En otro tanto, como ejemplo del método de armonización tenemos a los principios *UNIDROIT*. Como antecedente, el Instituto International para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT, por su siglas en francés) tiene su origen en una propuesta elaborada por Vittorio Scialoja, quien fue senador durante el gobierno fascista italiano, la propuesta fue entregada el día 26 de septiembre del año 1924 a la Asamblea General de la Sociedad de Naciones. En esta se fundamentaba la idea de crear una entidad que tuviese como propósito el estudio de diversas problemáticas del Derecho Privado, en vistas de crear una colaboración entre diversos Estados a fin de lograr una armonización y coordinación entre sus legislaciones, para lograr el establecimiento de normas de Derecho Privado Uniforme que facilitarían la resolución de conflictos internacionales. (Labariega Villanueva, 1998).

Esta entidad estará compuesta por seis órganos como son: la asamblea general, el presidente, el consejo directivo, el comité permanente, el tribunal administrativo y la secretaria., esto de conformidad con el artículo 4 del Estatuto Orgánico, en la misma línea en los artículos 5 y 6 nos

establece que las entidades mencionadas anteriormente estarán conformadas por los miembros de los Estados que hayan sido adscritos a la institución. Actualmente la UNIDROIT cuenta con 63 Estados adscritos, teniendo en cuenta que Nicaragua es un Estado parte en esta institución desde el año 1940.

De esta entidad nacen los conocidos principios UNIDROIT los cuales son reconocidos internacionalmente y es por este motivo es que se vuelven de vital importancia cuando se trata de temáticas competentes a contratación internacional debido al uso frecuente de los mismos en la búsqueda de soluciones a controversias entre diferentes Estados en lo referido a contrataciones mercantiles.

Los principios UNIDROIT fueron creados bajo el modelo de los denominados *American Restatements of the Law of Contracts* o también conocidos como “*Restatements*”, adoptaron este modelo gracias a la colaboración del norteamericano Allan Farnsworth quien fue uno de los académicos más notables que colaboró en el proceso de elaboración de los principios, este fue el que propuso la adopción de un instrumento distinto a las tradicionales “convenciones”, dando de esta manera a la adopción del modelo. Fue por esto que se adoptó el término “principios” en lugar de la palabra “*Restatement*”, o “Reformulación” según su traducción al español, esto con la finalidad de tener una connotación de carácter se adoptó el término “Principios”, pretendiendo con ello connotar el carácter no estatal del instrumento, así mismo debe ser destacado que poseen un carácter universal, dinámico y neutral que está inspirado a partir del intento de construcción de estos basados en los modelos del Civil Law y Common Law y su ordenación interna aplicando los usos y costumbres, usos y prácticas de comercio internacional (Moreno Rodríguez, 2012).

Los Principios UNIDROIT actualmente cuentan con cuatro ediciones (2016, 2010, 2004 y 1994), las cuales en su mayoría han sido traducidas a los cinco idiomas oficiales de la institución UNIDROIT (inglés, alemán, francés, italiano y español), además la edición 2010 se encuentra traducida en 16 idiomas no oficiales, debe señalarse que la edición 2016 únicamente se encuentra en tres de los cinco idiomas oficiales siendo estos: inglés, francés e italiano. Si bien es cierto los Principios cuentan con cuatro ediciones debe entenderse que la edición actual de los principios no enmienda a las anteriores, sino que estas se complementan entre sí y en cada una de ellas se realiza una ampliación de contenido, con el fin de incluir aspectos no regulados en la edición anterior, manteniendo siempre la forma estructural que poseen los principios desde su primera edición. (Romero Gil Delgado, 2014).

Según lo señalado por Oviedo Alban (2003) tienen un carácter eminentemente potestativo en el de conformidad con su naturaleza jurídica las partes pueden acordar en un contrato someterse a ellos e igualmente en principio (salvo pacto en contrario) pueden excluir alguna de sus normas. Manifestando su acuerdo con la posición que ha pretendido ver a los principios UNIDROIT como manifestación de la costumbre internacional y como un fiel reflejo de la *Lex Mercatoria*.

Tal como señalan diversos autores los Principios UNIDROIT forman parte de la denominada nueva *Lex Mercatoria*, siendo el caso de Gesa Barón (2005) y Oviedo Alban (2002) quienes concuerdan en que los principios forman parte de esta nueva *Lex Mercatoria* debido a sus características internacionales, origen común y porque en su sentido más amplio dentro de los principios encontramos contenidas las fuentes del comercio internacional y no únicamente los usos y costumbres mercantiles, haciéndole responder a las necesidades comerciales actuales. En la misma línea Guarín Ferrer (2015) expresa que la *Lex Mercatoria* se ve reflejada en el esquema del marco normativo denominado como Principios UNIDROIT, menciona también que tal como se hacía en la edad media estos buscan armonizar y tratar de forma justa los conflictos que pudiesen surgir entre comerciantes que realicen contratos transnacionales.

Por tanto se puede inferir que los principios UNIDROIT son un reflejo del proceso de armonización del Derecho, en el cual se realiza un articulado de reglas generales adaptables a diversos ordenamientos jurídicos y económicos, con características que se adecuan a las exigencias de las relaciones mercantiles internacionales actuales, lo cual le permite soluciones armónicas y certeza jurídica a las partes contratantes y un modelo de reglamentación claro con facilidad en su aplicabilidad para las relaciones contractuales internacionales de diversos sistemas jurídicos.

Resultados y aportes

La globalización ha representado un impulso para el crecimiento socio – político y económico a nivel mundial, trayendo consigo una sistematización de procesos que conllevan a la adaptación de esferas fundamentales para el desarrollo humano, siendo algunas de estas la económica, cultural, ambiental, tecnológica, comercial, etc., siendo estas trastocadas por los pro y contras que el fenómeno globalizador trae consigo de manera que se han perpetuado cambios irreversibles en la manera de vivir, pensar y actuar de los seres sociales, influyendo de manera muy particular en las formas de hacer y expandir el comercio. Así mismo debe ser destacado que la Globalización tiene como una de sus finalidades la adecuación y transformación de los ordenamientos internos de los Estados, lo cual no supone como tal una desaparición del Estado nacional, sino que con este se busca más bien la creación de nuevos ordenamientos jurídicos internacionales que permitan la efectiva resolución de controversias internacionales que surjan por la expansión internacional que supone para el comercio el fenómeno globalizador.

Los procesos de armonización y unificación han jugado un papel fundamental en desarrollo del Derecho comercial Internacional debido a que, mediante estos se brindan respuestas efectivas a las necesidades y conflictos que surgieron a raíz de las nuevas formas de hacer comercio. Se logró constatar que, aunque los términos de unificación y armonización en muchas ocasiones son utilizados como equivalentes o sinónimos ambos procesos constituyen movimientos jurídicos diferentes dentro del marco internacional.

Tanto la unificación como la armonización tienen el fin común, buscar soluciones efectivas para con las exigencias que surgen a raíz de las nuevas tendencias comerciales, sin embargo, los mecanismos por los que estos son creados y llevados a cabo poseen naturalezas diferentes. Por un lado, la unificación propone la creación de un Derecho distinto al nacional en el cual, mediante una entidad, se creen normativas estándares para la regulación comercial transnacional, despojando a los Estados de su normativa interna para pasar a la aplicación de la normativa en comento, cediendo así en alguna medida su autonomía nacional y obteniendo una autonomía compartida de corte internacional. Mientras que la armonización propone un modelo por el cual sean creados principios y estándares internacionales a través del análisis y trabajo conjunto de diversos Estados y entidades con el fin de que estos sean introducidos en las legislaciones nacionales a fin de manera que los Estados no sientan un menoscabo en su autonomía pero que tengan la capacidad para satisfacer de manera eficiente y con la seguridad jurídica necesaria para que se logre un progreso normativo en el Derecho Mercantil Internacional, mediante la armonización de criterios en los Estados.

De igual forma, debe ser destacado que ambos procesos, unificación y armonización, han contribuido de manera efectiva al crecimiento económico que conocemos hoy en día, deben ser analizados de cara a una estabilidad económica mundial y a un trabajo conjunto de los Estados para obtener un desarrollo sostenible y mayor seguridad en el ámbito internacional, por tanto debe ser establecido un mecanismo que funcione como principal actor en el desarrollo del Derecho Internacional, por lo que consideramos que el mecanismo más acertado para llevar a cabo este proceso es la armonización, sin mermar las ventajas que puede tener el método de unificación.

Como fundamento de nuestra postura resaltamos tres factores esenciales de la armonización. Primeramente, la flexibilidad que ofrece, de modo que cada ordenamiento puede adaptarlo en dependencia de sus necesidades sin que esto haga menos efectiva su función en el ámbito internacional, ni le genere complicaciones al momento de resolver los conflictos, en segundo lugar la inserción dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales esto se vuelve importante debido a que no se ve la necesidad de crear un derecho transnacional dominado por un órgano rector, mediante el cual podría aplicarse el derecho según su conveniencia, sino que más bien permite una coexistencia del derecho nacional y el derecho internacional dotando al primero de las herramientas necesarias para solucionar los conflictos internacionales, en tercer lugar pero no menos importante está el conservar la soberanía nacional de cada Estado parte de manera que se logre la seguridad jurídica necesaria.

Lista de referencias bibliográficas

- Alonso Soto, R. (2001). Competencia y comercio. El marco general. En I. Blásquez Navarro, C. Esposito Maccissi, & A. Remiro Brotons (Eds.), *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*. Madrid: Dykinson.
- Álvarez Contreras, J. M. (2016). *Los remedios por incumplimiento en la contratación internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Arévalo Mutiz, P. L. (2008). Los desafíos del derecho frente a la Globalización. *Revista Vía Iuris*, (4), 75–93.
- Bermúdez Abreu, Y. (2006). La identidad nacional y la unificación de las normas jurídicas latinoamericanas en la Globalización *Revista de Derecho*, (25), 125–140.
- Cadena Afanador, W. R; Cubillos Guzmán, G. (2012). La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. *Diálogos de Saberes*, (37), 27-48.
- Castrillón y Luna, V. M. (2011). *Derecho Mercantil internacional*. México: Porrúa
- Carrascosa González, J. (2004). Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI. *Anales Del Derecho*, (22), 17–58.
- Clerc, C. (2013). El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, (16) 32, 15-30
- Dávalos Torres, M. S. (2010). *Manual de introducción al Derecho Mercantil. Colección Cultura Jurídica*. México: Nostra Ediciones.
- De Valdenebro, J. (2011). Reflexiones sobre la unificación de Civil y comercial. La CISG como criterio aconsejable. *Revista de Derecho Privado*, (45), 1–52.
- Fariñas Dulce, M. J. (2008). De la Globalización económica a la Globalización del Derecho: Los nuevos escenarios jurídicos. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé de Las Casas*, (8), 179–194.
- Fernández Rozas, J. C., Arenas García, R. & De Miguel Asensio, P. (2013). *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: lustel

- Flores Enciso, L. B. (2006). Los retos de un mundo Global. En Carlos Julio Pineda (comp.). *Debates sobre Globalización y derecho* (pp. 33-44). Bogotá: Editorial Politécnico Gran Colombiano.
- Gesa Barón, B. (1998). Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria? Recuperado de: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>
- Guarín Ferrer, J. (2015). Principios UNIDROIT, *Ratio Iuris*. 3 (1), 108 – 137
- Huamán Sialer, A. M. (2014). La transferencia de la propiedad en los contratos de compraventa internacional de mercadería regulados por la Convención de Viena de 1980. *Lex*, (XII), 243–262.
- Jiménez Benítez, W. G. (2011). Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos. *Nova et Vétera*, 20 (64), 17–28. MENDELEY
- Labariega Villanueva, P. A. (1998). El UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado. *Revista de Derecho Privado*, (27), 115 – 128
- Lerner, P. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111), 919–966.
- López Daza, G. A. (2003). Globalización del Derecho y sistema Jurídico colombiano. *Revista Jurídica Piélagus*, (2), 19–28.
- López Guzmán, F. (2003). *Principios constitucionales de derecho comercial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003.
- López Guzmán, F. (2011). *Derecho comercial en la era de la Globalización*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Martínez Cañellas, A. (2001). *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías* (Tesis inédita de Doctorado). Palma de Mallorca, Universitat de les Illes Balears.
- Medina Velandia, S., & Plazas Estepa, R. (2016). Proceso de armonización del derecho privado en América Latina. *Iusta*, (44), 61–73.
- Momberg Uribe, R. (2009). Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea. *Revista de Derecho*, 22 (1), 9-33.
- Moreno Rodríguez, J. S. (2012). Los principios de la HAYA y el Derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional. *Revista Jurídica*, 2 (29), 30 – 62.
- Oviedo Albán, J. (1999) *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. Recuperado de <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf>
- Oviedo Albán, J. (2002). *La unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales*. Recuperado de: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

- Oviedo Albán, J. (2003). Aplicación de los principios UNIDROIT a los contratos comerciales internacional. *Criterio Jurídico I* (3), pp.7 – 33.
- Oviedo Albán, J. (2008). *Regulación del contrato de compraventa internacional: antecedentes, estructura y fuentes*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez
- Perales Viscasillas, P. (2014). *Derecho comercial internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Peña Nossa, L. (2010). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Temis
- Ravassa Moreno, G. J. (2004). *Derecho Mercantil internacional: principios y normas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley
- Rodríguez Fernández, M. (2016). *Introducción al derecho comercial internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, G. (1999). Derecho Internacional y Globalización *Isonomía*, (11), 23–32
- Romero Erazo, J. (1998). La contratación internacional en un mundo globalizado “en permanente evolución. En German Jaramillo Rojas & Cesar Torrente Bayona, *Negocios internacionales: tendencias, contratos e instrumentos* (pp. 25-34). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá
- Romero Gil- Delgado, M.C. (2014), Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Clausulas modelo para los contratantes. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 6 (1), p. 253 – 268.
- Ruiz Pinzón, C. A. (2012). Armonización del derecho comercial internacional en las relaciones económicas exteriores de Colombia. *Revista In Vestigium*, 5, 117–125.
- Samper Pizano, E. (2003), ¿Qué es la Globalización En G. Zafra Roldán & C. J Pineda (comps.), *Globalización y Derecho* (pp. 31-46). Bogotá: Fundación Politécnico Grancolombiano.
- Sánchez Torrez, C. A. (2011). Fuentes del Derecho en la Globalización En J. González Ibáñez & E. García López, *La crisis de las fuentes del derecho en la Globalización* (pp. 33-43). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Serna De La Garza, J. M. (2007). *Hacia una visión integral del sistema federal mexicano: descentralización, armonización, unificación y colaboración*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Torres Manzo, C. (1961). Comentarios Alrededor de Dos Preguntas sobre Comercio Internacional. *Investigación Económica*, 21(83), 475–765.
- Twining, W. L., Guardiola Rivera, O., & Sandoval Villalba, C. (2003). *Derecho y Globalización* Bogotá: Siglo del Hombre Editores
- Vargas Gómez-Urrutia, M. (2000). *Contratación internacional en el sistema interamericano*. México: Oxford University Press
- Vengoa, H. F. (2002). La Globalización ¿un concepto elusivo? *Historia Crítica*, (23), 91–114